

# Il ruolo delle banche nell'aggravamento e nella soluzione della crisi d'impresa

di Mauro Vitiello

Le recenti riforme delle procedure concorsuali hanno profondamente modificato istituti e funzioni ponendo al centro l'obiettivo del risanamento dell'impresa, riducendo i plurimi rischi che nelle operazioni di salvataggio le banche tradizionalmente erano restie a correre.

Si rende necessaria un'attenta disamina del ruolo dell'impresa bancaria, degli strumenti di incentivazione alla soluzione concordata delle crisi con riferimento anche alla capacità di tenuta del principio di eguaglianza piegato dal legislatore alla esigenza primaria di salvataggio dell'azienda.

## 1. Premessa: i nuovi strumenti per la soluzione concordata della crisi d'impresa

La complessiva riforma della legge fallimentare realizzata nel triennio 2005-2007, non più procrastinabile per la palese inadeguatezza di una normativa risalente al 1942, che integrava il portato di una realtà socio-economica molto distante da quella attuale, ha introdotto nel sistema del diritto concorsuale il principio della centralità dell'azienda, donde un radicale cambiamento delle finalità del controllo giurisdizionale sulla crisi dell'impresa.

Oltre al tradizionale obiettivo di liquidare e realizzare l'attivo nella prospettiva del più ampio soddisfacimento possibile del ceto creditorio si è imposto, in tutti i casi in cui sia ipotizzabile il mantenimento sul mercato dell'azienda gestita dall'imprenditore in difficoltà economico-finanziaria o irrimediabilmente insolvente, lo scopo della conservazione dell'impresa, con le conseguenti ricadute positive della conservazione, che ineriscono al mantenimento dei livelli occupazionali, oltre che dei livelli del prelievo tributario riconducibile all'esercizio dell'impresa.

La disciplina dell'esercizio provvisorio dell'impresa del fallito, del contratto di affitto e di cessione dell'azienda facente parte dell'asse fallimentare, del concordato fallimentare (che significativamente è stato aperto ai creditori e ai terzi, legittimati a proporre il concordato anche nell'anno in cui la presentazione

della proposta è interdetta al fallito), risente intensamente di tale mutamento di prospettiva, il cui emblema normativo può essere trovato nel secondo comma dell'art. 104-bis l. fall., che a proposito dell'affitto di azienda prevede che «*La scelta dell'affittuario deve tenere conto, oltre che dell'ammontare del canone offerto, delle garanzie prestate e dell'attendibilità del piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali, avuto riguardo alla conservazione dei livelli occupazionali*».

È tuttavia indubbio che il principio della centralità dell'azienda sia immanente e condizionante in misura ancor più netta tutti gli istituti che si propongono di consentire il superamento della crisi, o la gestione dell'insolvenza, secondo modalità alternative a quelle derivanti dalla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

La procedura concorsuale del concordato preventivo ed il procedimento degli accordi di ristrutturazione previsto dall'art. 182-bis l. fall., ma nella realtà dei fatti anche l'istituto del piano di risanamento ex art. 67 lett. d) l. fall. (che assai raramente prescinde da un accordo del debitore con tutti i suoi creditori), integrano strumenti di ristrutturazione del debito che muovono dalla premessa della composizione negoziale della crisi da parte del debitore e dei suoi creditori.

La soluzione concordata della crisi dell'impresa ha quindi assunto, nel nostro ordinamento giuridico, un rilievo sino a qualche anno fa impensabile, coerentemente con la diffusa, ed ormai consolida-

ta, spinta legislativa alla riduzione dell'intensità del controllo giurisdizionale sulle situazioni di crisi ed al corrispondente potenziamento del profilo negoziale e privatistico.

È così oggi possibile parlare di un nuovo ramo del diritto, quello della crisi d'impresa, comprensivo sia della disciplina più tipicamente concorsuale, sia della normativa dedicata alle forme di composizione negoziale e privatistica della crisi.

Queste ultime si sono viepiù arricchite dopo l'introduzione dei nuovi procedimenti di composizione della crisi da sovraindebitamento, riservati agli imprenditori per dimensioni non assoggettabili a fallimento, alle *start-up* innovative, agli imprenditori agricoli, ai professionisti ed ai meri consumatori, con la conseguente estensione dell'area della crisi soggetta al controllo del giudice.

Resta che è soprattutto la crisi dell'impresa di dimensioni idonee a renderla assoggettabile a fallimento a trovare quale mezzo elettivo di soluzione le forme negoziali previste e disciplinate dalla legge fallimentare.

Quest'ultima ha subito una penetrante modifica proprio nella parte dedicata agli strumenti di composizione della crisi imperniati sull'accordo debitore-creditori, con un generale spostamento dell'asse della tutela normativa verso l'interesse del debitore, talvolta anche a detrimento delle aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio.

L'introduzione dell'*automatic stay* conseguibile con la presentazione di una domanda di concordato sprovvista di piano, proposta e relazione attestatrice, la divaricazione delle discipline del concordato liquidatorio e di quello che, in vario modo, assicura la conservazione dell'azienda, l'anticipazione degli effetti interinali del concordato preventivo dal momento dell'ammissione al momento della pubblicazione della domanda al registro delle imprese, la moltiplicazione delle possibilità operative dell'imprenditore che abbia presentato la domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione (dal pagamento integrale e anticipato dei crediti strategici, alla sospensione e allo scioglimento dai contratti pendenti, alla contrazione di finanziamenti prededucibili) non sono che le esplicitazioni maggiormente evidenti della rinnovata intensità delle forme di tutela riconosciute all'imprenditore in crisi, specie qualora egli persegua una soluzione di continuità aziendale.

In tale contesto il rapporto dell'imprenditore in crisi con gli istituti bancari assume un duplice, determinante rilievo.

In primo luogo le banche rappresentano non di rado, se non sempre, la parte preponderante del ceto creditorio da soddisfare nel fallimento del debitore o con cui è necessario trovare un accordo dilatorio o remissorio negli accordi di ristrutturazione previ-

sti dall'art. 182 *bis* l. fall. o nel piano di risanamento attestato di cui all'art. 67 lett. d) l. fall. o, ancora, pensando al concordato preventivo, cui destinare la proposta concordataria, nella prospettiva dell'accettazione della massa dei creditori.

Sotto tale aspetto, ai temi tradizionali della revocatoria delle garanzie reali che la banca può ottenere facendo leva sulla sua posizione di forza contrattuale e della disciplina che postone il pagamento della prededuzione al soddisfacimento del creditore finanziario ipotecario o pignoratorio, e ancora della possibilità giuridica dell'autonomo realizzo della garanzia reale nelle procedure concorsuali, si sono di recente aggiunti temi nuovi, quali quelli inerenti agli istituti dell'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari e della convenzione di moratoria (art. 182 *septies* l. fall., introdotto dalla cd. mini-riforma del 2015).

L'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari è un istituto interno al procedimento di cui all'art. 182 *bis* l. fall., utilizzabile dall'imprenditore in crisi nelle ipotesi in cui almeno la metà del suo indebitamento complessivo sia maturata nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari.

In tali casi per il debitore in crisi è possibile "segregare" i creditori finanziari in *categorie*, con un criterio di aggregazione che evoca quello del più conosciuto istituto delle classi (l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici), e costringere la banca che non volesse accettare un accordo remissorio o dilatorio a subire gli effetti di tale accordo, nell'ipotesi in cui quest'ultimo fosse stato raggiunto con intermediari finanziari che, all'interno della *categoria*, siano titolari di crediti pari o superiori alla soglia del settantacinque per cento.

Non si tratta, quindi, di un procedimento autonomo rispetto a quello di cui all'art. 182 *bis* l. fall., ma di un istituto che, in presenza dei medesimi presupposti sostanziali e formali dell'accordo di ristrutturazione (la crisi, la qualifica di imprenditore assoggettabile a fallimento e a concordato preventivo, l'esistenza di un piano di risanamento o liquidatorio sottostante agli accordi del debitore con i creditori, l'attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano e degli accordi) consente di estendere coattivamente a determinati creditori gli effetti di accordi raggiunti dal debitore con altri creditori inclusi in una stessa *categoria*, con una lampante deroga al principio generale di cui all'art. 1372 cc, secondo il quale il contratto produce effetti esclusivamente nella sfera giuridica dei contraenti, fatti salvi i casi espressamente previsti dalla legge, casi tra i quali ora, pertanto, va certamente ricompreso anche quello in discorso.

Le perplessità di qualche commentatore, che ha ritenuto di poter individuare nel nuovo istituto una fattispecie di espropriazione del credito non inden-

nizzata, con conseguenti possibili conseguenze di illegittimità costituzionale, sono state fugate in considerazione della previsione che impone che il creditore finanziario “segregato” e oggetto dell’estensione dell’accordo raggiunto con il settantacinque per cento dei creditori della medesima categoria abbia prospettive di *soddisfacimento in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili* (art. 182 *septies*, comma settimo, lett. c, l. fall.).

L’introduzione della disciplina di cui all’art. 182 *septies* l. fall. segna quindi un ulteriore passo nella direzione del sostegno normativo all’imprenditore in crisi, avendo quale evidente obiettivo la neutralizzazione di quelle condotte ostruzionistiche, rispetto al possibile raggiungimento di accordi di ristrutturazione, che alcune banche hanno in questi ultimi anni posto in essere, con il malcelato intento di assicurarsi l’integrale rientro dalle proprie posizioni creditorie a scapito di altri creditori più malleabili e quindi maggiormente disponibili a subire una parziale falcidia dei propri crediti.

Analoga *ratio* va riconosciuta all’istituto della convenzione di moratoria previsto dall’art. 182 *septies*, ottavo comma, l. fall.

Esso consente l’estensione della temporanea moratoria già concordata dal debitore con parte degli intermediari finanziari suoi creditori a quelli di essi non aderenti, a condizione che questi ultimi abbiano omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici rispetto ai creditori aderenti alla moratoria e a condizione, ancora, che i non aderenti siano titolari di crediti inferiori al venticinque per cento del totale dei crediti finanziari omogenei.

Anche in tale caso, quindi, è stata introdotta un’eccezione al principio generale di cui all’art. 1372 cc ma, a differenza di quanto appena visto con riguardo all’accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari l’istituto, che recepisce gli accordi di *stand still* già in uso nella prassi, è autonomo rispetto al procedimento di cui all’art. 182 *bis* l. fall.

Può pertanto essere prodromico e funzionale a qualsiasi procedimento inteso a risolvere la crisi dell’impresa, sia esso un accordo di ristrutturazione, un piano di risanamento attestato, un concordato preventivo o un accordo stragiudiziale, o alternatively lo strumento per risolvere una crisi temporanea gestibile con una semplice moratoria nel rimborso del credito bancario, proteggendo l’imprenditore che sta trattando con i suoi creditori da iniziative di disturbo quali la presentazione di un ricorso di fallimento o l’iscrizione di un’ipoteca giudiziale.

L’ulteriore profilo che connota il ruolo delle banche nella crisi dell’impresa è quello collegato all’erogazione di nuovi finanziamenti all’imprenditore in crisi, o quantomeno al mantenimento delle linee autoliquidanti già in essere.

Esso costituisce l’indispensabile condizione di qualsiasi piano che, nella prospettiva del risanamento, intenda assicurare la sopravvivenza dell’azienda.

E non v’è dubbio che tale condizione rappresenti l’aspetto più sensibile e cruciale del rapporto tra banca e impresa in crisi.

## **2. Il finanziamento bancario dell’imprenditore in crisi**

Come appena detto, l’esigenza di preservare l’impresa e di risanarla, assicurandone la continuità, passa obbligatoriamente per un virtuoso rapporto dell’imprenditore con le banche, i cui finanziamenti assumono un ruolo determinante nella definizione delle effettive possibilità di conservazione dell’azienda.

L’indispensabilità del finanziamento bancario per la soluzione delle crisi d’impresa è quindi la premessa, quasi banale, da cui muovere.

Tuttavia, poiché la leva finanziaria interviene necessariamente in una situazione di difficoltà più o meno grave dell’imprenditore, è necessario distinguere le ipotesi in cui il prestito, perché operato in una situazione non suscettibile di soluzione positiva, aggrava il dissesto, ritardandone l’emersione ed il suo inevitabile sbocco in una procedura concorsuale, da quelle nelle quali il prestito della banca è concretamente funzionale al risanamento, perché erogato con tempestività e quale elemento portante di un piano che abbia delle oggettive ed effettive possibilità di avere successo.

La necessità di scongiurare la prima delle due ipotesi e di incentivare invece le forme di finanziamento effettivamente funzionali alla attuazione di un piano di rilancio dell’impresa hanno indotto il legislatore a mutare radicalmente il quadro normativo, con l’introduzione di una serie di istituti e di principi che integrano, da un lato una forte incentivazione all’erogazione di prestiti da parte degli intermediari finanziari, dall’altro un quadro ben definito delle fattispecie che legittimano le banche alla erogazione di nuovi prestiti, o al mantenimento di quelli già in essere, nell’interesse dell’imprenditore che cerchi davvero di risolvere la sua situazione di crisi, e non semplicemente di procrastinarla senza prospettiva alcuna.

Ben può dirsi, pertanto, che oggi il quadro giuridico complessivo registri un’obiettivo e forte diminuzione del rischio da sempre connesso alla erogazione dei finanziamenti bancari all’imprenditore.

Si tratta di un rischio, in termini astratti, di varia natura.

V’è anzitutto il pericolo che la banca non rientri dal prestito erogato (cd. rischio restitutorio), a causa dell’inadempimento da parte del mutuatario all’ob-

bligio di restituzione derivante dalla contrazione del finanziamento e della possibile incapacità del patrimonio del debitore.

A ciò si sommano il rischio della revocatoria dei pagamenti solutori operati dal debitore in favore della banca nella prossimità dell'apertura del concorso dei creditori ed il rischio penale connesso all'esistenza della fattispecie della bancarotta preferenziale.

Infine non va dimenticato il rischio risarcitorio conseguente all'accertamento di un'eventuale ipotesi di concessione abusiva del credito.

Si vedrà nei dettagli in quali forme si sia realizzato l'intervento del legislatore inteso ad assicurare il rango prededucibile al credito vantato dalla banca che abbia erogato finanza nuova all'imprenditore in crisi, e a moltiplicare gli strumenti di garanzia della realizzazione del credito prededucibile, sì da scongiurare il cd. rischio restitutorio.

Il rischio revocatorio, a sua volta, è significativamente diminuito a seguito della riforma degli artt. 67 e 70 l. fall. intervenuta negli anni 2005 e 2006.

Essa ha determinato la riduzione del periodo *sospetto* (cioè del periodo che, per la sua prossimità alla dichiarazione di fallimento, rende suscettibili di accertamento di inefficacia i pagamenti di natura solutoria).

Ha inoltre introdotto l'esonero dalla revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario che non abbiano ridotto l'esposizione debitoria in maniera consistente e durevole e dei pagamenti eseguiti in esecuzione di un piano di risanamento *ex art. 67 lett. d) l. fall.* o di un piano concordatario o sottostante agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis l. fall.*

Ha infine limitato l'obbligo di restituzione derivante dall'acclarata inefficacia dei pagamenti alla banca alla somma pari alla differenza tra l'esposizione debitoria massima maturata dal *solvens* nel periodo *sospetto* e l'ammontare residuo della stessa, alla data in cui risulta essere stato aperto il concorso dei creditori.

Anche il rischio della responsabilità penale per concorso della banca nei reati di bancarotta semplice e preferenziale è venuto meno, essendo stata introdotta, nel 2010, la causa di esonero di cui all'art. 217 *bis l. fall.*, che attiene ai pagamenti ed alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano di risanamento attestato *ex art. 67 lett. d) l. fall.*, o infine di un accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento.

La stessa causa di esonero è riconosciuta ai pagamenti ed alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice ai sensi dell'art. 182 *quinquies l. fall.* ed alle operazioni di finanziamento effettuate ai sensi dell'art. 22 quater, comma 1, del dl. 24 giugno 2014, n. 91, convertito dalla legge 11 agosto 2014, n. 116,

nonché alle operazioni ed ai pagamenti compiuti, per le finalità di cui alla medesima disposizione, con l'impiego delle somme provenienti da tali finanziamenti.

Per l'intermediario finanziario che abbia erogato un prestito all'imprenditore in crisi resta quindi soltanto l'eventuale responsabilità da abusiva concessione del credito, per le ipotesi in cui sia accertato, con una prognosi da compiersi rigorosamente *ex ante*, che la nuova finanza erogata all'imprenditore non avrebbe potuto avere altro effetto che quello di aggravare una situazione di insolvenza che già al momento del finanziamento si palesava come irrisolvibile e irreversibile.

### **3. Il finanziamento come causa di aggravamento del dissesto: la fattispecie dell'abusiva concessione del credito**

La fattispecie dell'abusiva concessione del credito viene inizialmente elaborata negli ordinamenti giuridici di Francia e Belgio e di essa la giurisprudenza e la dottrina italiana cominciano ad occuparsi, nella sostanza, soltanto a partire dagli anni novanta.

Una prima pronuncia della Corte di cassazione, risalente al 13 gennaio 1993, va segnalata per avere essa affermato il principio per cui la banca ha il dovere di osservare, nell'erogazione del prestito, cautele intese ad evitare che il credito riguardi soggetti decotti che non abbiano più alcuna prospettiva di recuperare l'equilibrio economico-finanziario.

Le successive, invero poco numerose sentenze di merito affermano la natura extracontrattuale della responsabilità da finanziamento abusivo e, soprattutto, ineriscono quasi tutte al noto problema della legittimazione ad agire del curatore fallimentare in rappresentanza degli interessi della massa dei creditori, laddove sia riscontrabile un danno da ritardato fallimento causato o concausato dalla indebita erogazione di un finanziamento nella fase che abbia preceduto l'apertura del concorso dei creditori.

Il concretarsi della fattispecie della banca che eroga credito ad un soggetto che non è in grado di rientrare con tutti i suoi creditori per l'irreversibilità dell'insolvenza prescinde dall'avvenuto adempimento del contratto di finanziamento ed integra una condotta illecita riconducibile ad una violazione di legge che si concreta in profili plurimi.

Tale condotta disattende anzitutto le norme che regolano il funzionamento del circuito creditizio.

Inoltre viola sia il principio generale di correttezza e buona fede che disciplina i rapporti tra i soggetti economici (art. 1175, 1374 e 1375 cc) sia il principio di solidarietà sociale ed economica di cui all'art. 2 della Carta costituzionale.

L'erogazione del prestito ad un'impresa che non ha alcuna prospettiva di soddisfare tutti i suoi creditori, tanto più grave ove accompagnata da garanzie collaterali intese ad assicurare il rientro alla banca, denota il perseguimento da parte di quest'ultima dell'esclusivo interesse proprio, in completo spregio dell'interesse degli altri operatori.

Il danno prodotto dal finanziamento abusivo è duplice.

C'è la lesione all'integrità patrimoniale dell'imprenditore e quindi alla garanzia prevista dall'art. 2740 cc, con conseguente *vulnus* dell'interesse dei creditori muniti di un titolo giuridico anteriore al momento della contrazione del finanziamento, ma c'è altresì la lesione della libertà contrattuale dei creditori il cui titolo sia sorto in epoca successiva alla conclusione del contratto di finanziamento.

Questi ultimi, verosimilmente, risulteranno essere stati indotti dalla presenza delle linee di credito bancarie a negoziare con un imprenditore che era invece, ormai, definitivamente insolvente.

Sotto il profilo processuale, va ricordato che la Corte di cassazione, con la nota sentenza n. 7029 resa a Sezioni Unite nel 2006, ha escluso la legittimazione ad agire del curatore fallimentare.

La domanda di risarcimento danni da abusiva concessione di credito, infatti, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 cc, non integra un'azione di massa, ma un'azione nella disponibilità giuridica del singolo creditore, in quanto strumento di reintegrazione del suo patrimonio.

Il singolo creditore ha quindi l'onere di dimostrare l'esistenza dei presupposti della responsabilità ex art. 2043 cc: la condotta, il danno, il nesso causale tra condotta e danno, l'entità di quest'ultimo, l'elemento soggettivo del dolo o della colpa, tenendo conto che il danno subito potrà variare, nella sua entità, in dipendenza di una serie di fattori, quali l'antiorità o posteriorità del credito rispetto all'epoca di contrazione del finanziamento e la natura privilegiata o chirografaria della ragione creditoria.

Perché il curatore fallimentare abbia la titolarità di un'azione da svolgere non nell'interesse del fallito - secondo quanto previsto dall'art. 43 l. fall. («*nelle controversie relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nel fallimento sta in giudizio il curatore*»), che rappresenta un corollario, forse il più rilevante, del principio dello spossessamento di cui all'art., 42 l. fall. - bensì nell'interesse della massa dei creditori concorsuali, è necessaria una norma che esplicitamente detta titolarità preveda.

Tali norme nel nostro ordinamento giuridico esistono, ma costituiscono un numero chiuso.

Si allude all'art. 146 l. fall., che legittima il curatore a svolgere anche nell'interesse della massa, oltre che della società fallita, l'azione di responsabilità

nei confronti dei componenti degli organi gestori e di controllo delle società fallite; all'art. 66 l. fall., che conferisce al curatore la legittimazione ad iniziare o proseguire le azioni di revocatoria ex art. 2901 cc; all'art. 2497, ultimo comma cc, che autorizza il curatore del fallimento di una società eterodiretta ad agire nei confronti della capogruppo, o degli organi di quest'ultima, per il risarcimento dei danni da cattiva direzione e controllo.

Una norma che attribuisca al curatore la legittimazione ad agire, nell'interesse della massa dei creditori, nei confronti della banca per il risarcimento del danno da abusiva concessione del credito non esiste, di qui la frustrazione delle aspettative di recupero di risorse da destinare alla massa dei creditori concorsuali che i curatori fallimentari riponevano nell'acclarata esistenza di una fattispecie di indebita e abusiva concessione di credito.

È stata tuttavia la stessa Suprema corte, con una sentenza della sezione prima civile, a fornire un'importante chiave di lettura e inquadramento della fattispecie dell'abusivo finanziamento, precisando come esso possa integrare un atto di cattiva amministrazione posto in essere dalla banca in concorso con il *management* della società poi dichiarata fallita (Cass., sez. I civile, 1.6.2010, n. 13413).

Come atto esplicativo della gestione amministrativa il finanziamento ben può portarsi con sé un effetto dannoso, ove i suoi costi, l'obbligo di pagamento degli interessi, l'obbligo di crearsi la provvista necessaria per la restituzione nei termini concordati, non si concilino con una situazione compatibile con la concreta possibilità del risanamento.

Al di fuori delle ipotesi in cui il finanziamento sia effettivamente funzionale al rilancio dell'impresa (o al mantenimento dell'azienda in esercizio nella prospettiva della sua cessione o conferimento ad altro soggetto), l'erogazione da parte dell'intermediario finanziario di ulteriori risorse all'imprenditore in crisi ha quindi, quale esclusivo effetto, l'aumento del volume del debito e la ingiustificata prosecuzione della presenza sul mercato di un soggetto irrimediabilmente insolvente.

Ne discende che la legittimazione del curatore ad esperire un'azione giudiziale nei confronti della banca responsabile di un finanziamento abusivo è condizionata alla costruzione di una fattispecie in cui la contrazione del prestito sia considerata un atto di cattiva gestione amministrativa posta in essere dal *management* della società insolvente in concorso con la banca, donde la piena legittimità di una domanda risarcitoria del curatore fallimentare per i danni cagionati alla società fallita dalle concorrenti condotte degli amministratori richiedenti il credito e delle banche concedenti (cfr. da ultimo, su tale falsariga, Cass., sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983/17).

Solo in tal modo, infatti, è possibile ricondurre la fattispecie in discorso alla previsione di cui all'art. 146 l. fall., con l'ulteriore conseguenza favorevole che, dovendosi escludere che il concorso tra amministratore e banca configuri un'ipotesi di liticonsorzio necessario, per la curatela sarà possibile citare in giudizio soltanto la banca, soggetto per definizione solvibile, in tutti i casi, peraltro assai frequenti, in cui i componenti dell'organo amministrativo della società poi dichiarata fallita dovessero risultare privi di un patrimonio aggredibile.

#### **4. Il finanziamento operato nell'ambito degli strumenti di soluzione concordata della crisi**

Gli interventi progressivamente realizzati dal legislatore a partire dall'anno 2010 rappresentano la più emblematica presa di coscienza dell'indissolubile nesso esistente tra erogazione del credito e risanamento.

Gli istituti del finanziamento funzionale alla soluzione della crisi con lo strumento del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione, del finanziamento esecutivo di un piano concordatario o di un piano sottostante agli accordi *ex art. 182 bis*, l. fall., del finanziamento interinale e del finanziamento urgente non attestato determinano però un altro importante effetto, che è quello di proteggere la banca finanziatrice dal rischio risarcitorio in astratto imminente all'erogazione del credito all'imprenditore in crisi, rischio che si concretizza in presenza delle situazioni individuate nel paragrafo precedente.

Non c'è chi non veda, infatti, che ove il contratto di finanziamento venga concluso *a latere* di un piano di risanamento attestato, nella sua fattibilità, da un professionista avente le caratteristiche di cui all'art. 67, lett. d), l. fall., o addirittura, come nel caso del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, omologato dall'autorità giurisdizionale, la possibilità di ravvisare in tale negozio giuridico un atto di cattiva gestione posto in essere dall'imprenditore in concorso con la banca sono sostanzialmente inesistenti, fatto salvo il caso (certamente residuale) in cui sia riscontrabile un'artificiosa e dolosa operazione, di natura fraudolenta, intesa ad assicurare un beneficio illecito ad imprenditore e banca con l'utilizzo abusivo di strumenti giuridici pensati ed introdotti nell'ordinamento giuridico per assolvere a tutt'altre funzioni.

Nella fisiologia di tali casi, invece, la soluzione della crisi entra nella causa del contratto di finanziamento, la cui finalità economica non è più soltanto quella di assicurare la disponibilità di risorse finanziarie contro un corrispettivo (gli interessi), ma anche

quella di assicurare il risanamento dell'imprenditore cui viene assicurata la nuova leva finanziaria.

Il contratto di finanziamento assume pertanto in tali casi le vesti di un negozio con causa atipica, certamente meritevole di tutela, e in quanto tale non autorizza, salvo i casi limite di cui s'è detto, a ravvisare alcuna ipotesi di abusiva concessione del credito.

Se quindi il finanziamento erogato quale condizione di fattibilità del piano di risanamento ha come effetto immanente l'impossibilità di configurare l'abuso, ben può concludersi che il legislatore abbia offerto alle banche un grosso ausilio, con lo scopo di incentivarle ad assicurare alle società in difficoltà finanziaria quell'irrinunciabile supporto di cui esse hanno bisogno, nella prospettiva dell'auspicato risanamento o dell'altrettanto auspicata conservazione dell'azienda in esercizio.

#### **5. I progressivi interventi del legislatore di incentivazione alla erogazione di nuova finanza: finanziamenti-ponte ed esecutivi; finanziamenti interinali attestati**

Dopo la riforma organica del diritto della crisi d'impresa del 2005-2006, che ha segnato l'introduzione dei nuovi istituti di composizione negoziale della crisi d'impresa (accordi di ristrutturazione e piano di risanamento attestato, condivisibilmente definito dai più «un accordo di ristrutturazione senza l'intervento del giudice») e la radicale modifica della disciplina del concordato preventivo, il legislatore ha preso contezza dell'assoluta indispensabilità della cd. finanza nuova per il risanamento dell'impresa o della conservazione dell'azienda.

È quindi cominciata, a partire dall'anno 2010, una progressiva integrazione delle norme della legge fallimentare, intesa ad assicurare alle banche la certezza del rientro dal prestito erogato all'imprenditore in difficoltà, in tutte le ipotesi in cui il finanziamento abbia avuto quella funzione di ausilio alla soluzione della crisi che, secondo quanto poc'anzi detto, è divenuta ad ogni effetto parte integrante della causa del contratto finanziario.

Il primo intervento, in ordine cronologico, si è realizzato con il dl. 31 maggio 2010 n. 78, convertito dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

Ne è scaturito l'art. 182 *quater* l. fall., che nei sui primi due commi ha riconosciuto la prededuzione, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111 l. fall., ai crediti derivanti da finanziamenti erogati da banche e intermediari finanziari, in qualsiasi forma effettuati, in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, o in funzione della presentazione della domanda di ammis-

sione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei crediti, a condizione che i finanziamenti siano previsti dal piano concordatario o dall'accordo e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento di ammissione al concordato e l'accordo sia omologato dal tribunale.

Si è trattato della prima volta che il legislatore ha affermato espressamente il riconoscimento del rango prededucibile a crediti da finanziamento contratto per risolvere la crisi con un intento, oltre che incentivante l'erogazione del finanziamento, anche in qualche misura mirato a "confortare e incoraggiare" il sistema creditizio, da sempre timoroso e scettico nel fornire un reale supporto all'imprenditore in crisi.

Peraltro non può essere taciuto che la prededuzione del finanziamento funzionale all'apertura della procedura di concordato preventivo rientri comunque, a pieno titolo, nella prededuzione da funzionalità di cui all'art. 111, ultimo comma, l. fall. e che la prededuzione del finanziamento esecutivo del piano o degli accordi omologati consegua *ex lege*, sulla base dei principi generali, donde la conclusione che certamente il debito dell'imprenditore che sorge dopo l'omologazione del concordato (o, a maggior ragione, degli accordi di ristrutturazione) debba essere di natura prededucibile e non concorsuale.

Sotto tali aspetti, quindi, la prima riforma intesa ad incentivare l'erogazione del credito nella prospettiva della soluzione della crisi dell'impresa ha avuto per lo più, come detto, lo scopo di aggiungere un esplicito riconoscimento della prededuzione a crediti che di quest'ultima avrebbero comunque fruito.

A ben vedere, quindi, l'unica novità scaturita dalla legge n. 122/10, in termini di disciplina giuridica del rango da riconoscersi al credito della banca finanziatrice, ha riguardato il riconoscimento della prededuzione al credito da finanziamento erogato funzionalmente alla conclusione degli accordi di ristrutturazione.

Questi ultimi, infatti, non sono una procedura concorsuale, ma un procedimento che, inerendo agli accordi negoziali raggiunti dall'imprenditore in crisi con i suoi creditori, riconosce a tali negozi effetti giuridici che senza il controllo giurisdizionale non si produrrebbero.

Alcuni di tali effetti sono interinali: la protezione del patrimonio del debitore rispetto ad azioni esecutive e cautelari che si verifica con l'iscrizione degli accordi al registro delle imprese; altri sono di natura finale, conseguendo soltanto all'eventuale omologazione: l'esonero da revocatoria e dalla responsabilità per il reato di bancarotta semplice e preferenziale, in relazione ai pagamenti e ai negozi eseguiti e conclusi in esecuzione degli accordi.

Il finanziamento erogato in funzione dell'apertura del procedimento degli accordi *ex art. 182 bis l. fall.*, quindi, deve essere restituito quale fisiologico adempimento del contratto da parte dell'imprenditore mutuatario, nel contesto negoziale nel quale le parti si trovano, e in tale caso parlare di prededuzione ha un senso giuridico nella sole ipotesi in cui alla mancata omologazione dell'accordo consegua il fallimento, o quest'ultimo intervenga immediatamente dopo l'omologazione, a causa dell'inadempimento, da parte del debitore, degli accordi di ristrutturazione omologati.

Il legislatore ha tuttavia ben presto capito che l'intervento in parola non sarebbe stato sufficiente ad incentivare l'erogazione del credito bancario all'impresa in crisi che avesse delle ragionevoli prospettive di risanamento.

La casistica giudiziaria ha registrato, come forse facilmente prevedibile, un'applicazione limitatissima delle norme di cui all'art. 182 *quater l. fall.*, rivelatesi inidonee a dare certezza del rientro alle banche, sostanzialmente a causa del condizionamento del riconoscimento della prededuzione all'emissione di un provvedimento giurisdizionale: il decreto di ammissione al concordato comprensivo di un espresso riferimento alla prededuzione e il decreto di omologazione degli accordi.

Il legislatore è stato quindi indotto ad un nuovo intervento, concretizzatosi nella riformulazione dell'art. 182-*quater* e nell'introduzione dell'art. 182 *quinquies l. fall.*

Con il dl. 22 giugno 2012 n. 83, convertito nella legge 7 agosto 2012 n. 134 (cd. decreto sviluppo), l'art. 182-*quater* è stato modificato con l'eliminazione delle limitazioni di carattere soggettivo precedentemente previste per l'erogazione dei *finanziamenti-ponte* e dei *finanziamenti esecutivi*.

La prededuzione è stata quindi riconosciuta anche ai finanziamenti erogati da soggetti diversi da banche e intermediari finanziari, con il chiaro intento di ampliare le possibilità operative dell'imprenditore in crisi.

Come facilmente prevedibile, la novella non ha sortito effetti di sorta, stante l'assoluta preminenza delle ipotesi in cui ad erogare un prestito funzionale alla soluzione della crisi sia un soggetto rientrante nel novero degli intermediari finanziari, come individuati e definiti dall'art. 116 Tub.

Certamente molto più incisiva è risultata l'introduzione dell'art. 182-*quinquies*, la cui rubrica recita «*Disposizioni in tema di finanziamento e di continuità aziendale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*».

Invero, soltanto una parte delle norme contenute dall'art. 182-*quinquies* (e precisamente i commi 4 e 5) sono riservate alle ipotesi di continuità azienda-

le (secondo il concetto di continuità recepito dall'art. 186-bis l. fall.), riguardando le altre tutti i casi in cui il debitore intenda azionare la procedura di concordato preventivo o il procedimento di cui all'art. 182-bis l. fall. e quindi anche i procedimenti con finalità meramente liquidatoria.

Quest'ultima non è infatti incompatibile, in termini di principio, con la prosecuzione provvisoria dell'impresa, nella fase che precede il deposito del piano concordatario o degli accordi, laddove l'esercizio provvisorio possa avere quale obiettivo la valorizzazione dei beni oggetto di liquidazione, o la conservazione dell'azienda nella prospettiva della sua successiva cessione.

Comunque sia, le norme di cui al primo, secondo e terzo comma hanno introdotto la possibilità, per il debitore in crisi che presenti una domanda di concordato (anche nella forma del concordato "con riserva") o di omologazione di un accordo di ristrutturazione (o una proposta di accordo ex art. 182-bis, comma 6, l. fall.), di richiedere al tribunale l'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile.

I finanziamenti possono essere individuati soltanto per entità e tipologia e non è necessario che siano già oggetto di trattative nel momento in cui venga presentata l'istanza di autorizzazione.

Anche in tali casi, come in quelli previsti dall'art. 182 *quater* l. fall., non vi sono limitazioni alla qualità soggettiva del finanziatore che, in termini teorici, può essere anche diverso dagli intermediari finanziari.

L'eventuale concessione da parte del debitore di pegno o ipoteca a garanzia del finanziamento deve essere autorizzata dal tribunale.

Così prescrivendo, il legislatore aggiunge alle già viste due categorie di finanziamenti cui è riconosciuta, o meglio può essere riconosciuta, la prededuzione, un terzo genere di finanziamento prededucibile, caratterizzato dal fatto che viene contratto dopo la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione e prima dell'omologazione.

È quindi corretto identificare tale *genus* di finanziamento con l'aggettivo "interinale" (ad un procedimento già iniziato), per distinguerlo dalle altre tipologie di finanziamenti che potenzialmente possono fruire della prededuzione, quelli di cui all'art. 182 *quater* l. fall., che rispettivamente precedono l'apertura del procedimento o seguono la chiusura dello stesso.

Dei finanziamenti interinali vanno rimarcate le peculiarità, che sono tali da assicurare all'erogatore della somma mutuata un'elevata probabilità del rientro, e ciò non soltanto in conseguenza della certezza del rango prededucibile del relativo credito.

Infatti, a differenza delle ipotesi regolate dall'art. 182 *quater* l. fall., la banca non vede condizionato il riconoscimento della prededuzione all'emissione di

un provvedimento del tribunale successivo all'erogazione del prestito, negoziando e contraendo il finanziamento sulla base di un'autorizzazione giurisdizionale già intervenuta, su richiesta del debitore in crisi.

La richiesta di autorizzazione di tali finanziamenti "interinali" deve essere accompagnata dall'attestazione di un professionista designato dal debitore ed in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. in merito alla funzionalità del finanziamento alla miglior soddisfazione dei creditori.

L'attestazione deve essere preceduta dalla verifica del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione.

Come detto, il finanziamento interinale ha il pregio di poter essere contratto dall'imprenditore in crisi che abbia eventualmente soltanto depositato domanda di concordato in bianco (o la proposta di accordo ex art. 182-bis, comma 6 e segg.), così fruendo dell'*automatic stay*, sulla base di un'autorizzazione già emessa da parte del tribunale, e quindi con la possibilità di offrire al finanziatore con lui contraente la certezza in merito al riconoscimento del rango prededucibile.

Ma v'è di più.

L'imprenditore in crisi e la banca erogatrice del finanziamento possono concordare la costituzione di una garanzia reale dell'adempimento dell'obbligazione della restituzione del finanziamento da parte del debitore.

La previsione, intesa ancora una volta ad accrescere le tutele dell'intermediario finanziario, è perfettamente compatibile con l'ambito negoziale e privatistico in cui i soggetti economici si muovono, quando lo strumento di soluzione della crisi prescelto è l'accordo di ristrutturazione.

Non lo è con l'ambito concorsuale in cui i medesimi soggetti si muovono quando lo strumento di soluzione della crisi prescelto è il concordato preventivo che è, appunto, una procedura concorsuale.

In questo caso i principi generali, secondo cui con l'apertura del concorso dei creditori il patrimonio del debitore si cristallizza, dovendo da quel momento avere quale unica funzione il soddisfacimento dei creditori secondo le regole del concorso (artt. 2741 cc), subiscono una deroga significativa.

Al debitore è infatti consentito sottrarre alla massa dei creditori concorsuali uno o più beni, per costituire sui medesimi un pegno o un'ipoteca che garantiscano la banca finanziatrice della restituzione del prestito erogato.

La deroga trova peraltro una compensazione nella necessità che la domanda del debitore, intesa ad ottenere l'autorizzazione alla contrazione del finanziamento ed eventualmente anche alla costituzione della garanzia reale, sia accompagnata da un'attestazione, resa dal professionista previsto dall'art. 67, lett. d) l. fall., inerente alla funzionalità all'interesse della mas-



sa dei creditori al miglior soddisfacimento sia della dilatazione dell'esposizione debitoria riconducibile alla contrazione del finanziamento, sia dell'eventuale costituzione del pegno o dell'ipoteca, che come visto integrano una sottrazione alla massa dei creditori di una parte della loro garanzia patrimoniale.

La previsione di tale attestazione "mirata" e focalizzata sui detti aspetti integra quindi un importante presidio del principio della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc, tale da compensare il *vulnus* al principio della cristallizzazione del patrimonio del debitore al momento dell'apertura del concorso che dalle norme in discorso deriva.

### **6. I finanziamenti interinali urgenti non attestati: l'accettazione del rischio di lesione dell'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento possibile**

Il presidio del principio dell'integrità della garanzia patrimoniale integrato dalla attestazione di funzionalità alla miglior soddisfazione dei creditori del professionista "cade" nella nuova fattispecie di finanziamento all'impresa in difficoltà introdotta con il dl. 27 giugno 2015 n. 83, convertito dalla legge 6 agosto 2015, n. 132.

La spinta del legislatore ad una virtuosa erogazione di finanziamenti all'imprenditore in crisi determina l'introduzione del vigente terzo comma dell'art. 182 *quinquies* l. fall., che prevede un'ulteriore ipotesi di finanziamento interinale, con la possibilità di chiedere al tribunale l'autorizzazione alla contrazione di finanziamenti prededucibili, ma senza che tale richiesta debba essere accompagnata dall'attestazione del professionista inerente alla funzionalità del prestito al miglior soddisfacimento dei creditori.

È inoltre prevista un'ulteriore garanzia dell'obbligazione da restituzione, dal momento che il debitore ha la possibilità, non più soltanto di costituire un pegno o un'ipoteca sui suoi beni, ma di negoziare la cessione dei suoi crediti alla banca finanziatrice.

C'è un presupposto di carattere procedimentale, integrato dalla circostanza che il debitore si trovi nella fase preconcordataria (che, come noto, può precedere anche la conclusione degli accordi di ristrutturazione) e ve ne sono altri di natura sostanziale.

I presupposti sostanziali sono anzitutto la necessaria esistenza un'urgenza intensa e pressante collegata all'esercizio dell'impresa.

È poi previsto che il debitore debba precisare la destinazione del finanziamento, che vi sia l'impossibilità di reperire altrimenti il finanziamento stesso e che vi sia, soprattutto, la necessità di evitare un pregiudizio imminente e irreparabile all'azienda.

Il rischio che si vuole evitare, nella sostanza, è che si verifichi la cessazione dell'impresa riconducibile alla mancanza di leva finanziaria, con conseguente svilimento del valore dell'avviamento, dei beni immateriali e materiali di cui ogni azienda si compone in una fase, quella successiva alla presentazione della domanda di concordato "senza piano", in cui l'imprenditore in crisi sta valutando quale strumento, tra il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione, sia maggiormente funzionale agli interessi dei creditori e dei dipendenti.

Ora, s'è detto che con la pubblicazione al Registro delle imprese della domanda di concordato "senza piano" si apre il concorso dei creditori e che, secondo i principi generali, l'apertura del concorso dovrebbe cristallizzare il patrimonio del debitore, da quel momento finalizzato esclusivamente al soddisfacimento della massa dei creditori secondo le regole del concorso.

Nella fase decorrente dalla pubblicazione al registro delle imprese della domanda formulata ai sensi dell'art. 161, comma sesto l. fall., e sino alla scadenza del termine assegnato dal tribunale all'imprenditore perché questi decida quale strumento utilizzare per la gestione della crisi, tuttavia, è sempre possibile, per l'imprenditore, proseguire la sua gestione caratteristica, sia che si muova nella prospettiva della presentazione di un piano che contempli la continuità aziendale, sia che egli lavori per una soluzione concordataria di carattere liquidatorio; di qui la possibilità, tutt'altro che remota, che la garanzia patrimoniale della massa dei creditori risulti ulteriormente erosa da perdite riconducibili alla prosecuzione dell'attività d'impresa.

Quando la domanda di concordato è accompagnata da piano, proposta, relazione attestatrice e da tutti i documenti previsti dall'art. 161, comma due l. fall. o, comunque, dal momento in cui detti documenti vengono presentati, il presidio del principio generale della garanzia patrimoniale di cui all'art. 2740 cc è integrato dagli ulteriori contenuti obbligatori del piano (che deve contenere indicazione analitica di costi e ricavi, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura), dalla relazione di attestazione sulla funzionalità della prosecuzione dell'impresa al miglior soddisfacimento dei creditori, infine dalla norma di cui all'ultimo comma dell'art. 186 *bis* l. fall., che ricollega l'arresto della procedura *ex art.* 173 l. fall. all'accertata manifesta dannosità, per i creditori, della prosecuzione dell'impresa.

Viceversa, nella fase preconcordataria mancano per definizione il piano, l'attestazione di fattibilità del piano e di funzionalità della continuità al miglior soddisfacimento dei creditori.

Ma soprattutto, non c'è la possibilità di applicare la norma di cui all'art. 186 *bis* ultimo comma l. fall.,

che prevede la necessità di instaurare il procedimento incidentale di cui all'art. 173 l. fall., finalizzato all'arresto della procedura, in tutti i casi in cui la prosecuzione dell'impresa si riveli manifestamente dannosa per la massa dei creditori.

In questo contesto, l'introduzione della possibilità che l'imprenditore negozi un finanziamento prededucibile urgente senza che sia prevista la necessità di attestare che l'erogazione del prestito sia compatibile con l'interesse della massa dei creditori al miglior soddisfacimento possibile, significa che il legislatore accetta il rischio di una contrazione della garanzia patrimoniale dei creditori, a fronte del superiore interesse ad assicurare ogni possibile forma di sostegno finanziario all'imprenditore in crisi.

A ciò si aggiunga che i presupposti sostanziali alla cui esistenza viene subordinata la possibilità di contrarre il finanziamento urgente non costituiscono, verosimilmente, oggetto di onere probatorio da parte dell'imprenditore, bensì di un mero onere di allegazione, come desumibile dal fatto che, per decidere entro il termine, da considerarsi di natura acceleratoria, di dieci giorni, il tribunale abbia poteri di sommaria istruttoria (assunzione di sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in via di elaborazione, acquisizione obbligatoria del parere del Commissario giudiziale, eventuale audizione dei principali creditori).

Certamente bisognerà che tale dovere di allegazione sia rispettato in modo stringente, così da dare al tribunale elementi di valutazione concreti che gli consentano di esercitare al meglio il suo potere discrezionale.

L'ultima parte del 182 *quinquies*, terzo comma, l. fall. prevede inoltre che la richiesta possa avere ad oggetto anche il mantenimento delle linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda.

Non v'è dubbio che l'effettiva possibilità di proseguire l'impresa passi per il mantenimento delle linee autoliquidanti.

Pressoché tutte le imprese operano e vivono perché hanno anticipazioni bancarie sulle fatture emesse ai propri clienti.

Senza il cosiddetto autoliquidante non c'è continuità e non c'è impresa.

Prima della riforma del 2015, peraltro, la giurisprudenza più accorta aveva percepito l'importanza del mantenimento delle linee autoliquidanti e si era regolata di conseguenza, o ritenendo che la prosecuzione delle linee autoliquidanti rientrasse nell'ordinaria amministrazione e in quanto tale non risentisse affatto della necessità di interpellare il tribunale per avere autorizzazioni di sorta, o valorizzando il fatto che il meccanismo dell'autoliquidante scaturisse da un complesso di negozi giuridici qualificabili come pendenti, in quanto non ancora integralmente ese-

guiti da entrambe le parti, e quindi soggetti al principio generale della loro prosecuzione, salvo presentazione da parte del debitore in concordato di istanza di sospensione e scioglimento, secondo quanto previsto dall'art. 169 *bis* l. fall.

Tenuto conto di ciò, non v'è dubbio che l'introduzione della norma in discorso, con la conseguente necessità che il mantenimento delle linee autoliquidanti sia soggetto a richiesta di autorizzazione giudiziale, si porti con sé il concreto rischio di avere quale effetto l'immediata interruzione delle anticipazioni e delle erogazioni bancarie in essere al momento della presentazione della domanda di concordato e quindi possa produrre un effetto distonico, se non opposto, rispetto a quanto fosse nelle intenzioni del legislatore.

D'altro canto, a fronte di ciò, il provvedimento giurisdizionale di autorizzazione alla contrazione del finanziamento interinale e urgente pare rispondere ad una precisa esigenza del mondo creditizio: quella di ridurre al minimo le ipotesi in cui all'erogazione del prestito non faccia seguito la restituzione del capitale e degli interessi da parte dell'imprenditore.

È infatti indubbio che il decreto autorizzativo operi una sorta di rafforzamento della prededuzione riconosciuta al finanziatore, non soltanto mettendo al riparo la banca da eventuali determinazioni sfavorevoli del giudice delegato dell'eventuale successivo fallimento dichiarato "in consecuzione" (sarebbe difficile immaginare che un giudice delegato non tenesse conto di una qualificazione giuridica del credito come prededucibile riconducibile, oltre che alla legge, anche ad un espresso provvedimento giurisdizionale intervenuto sulla fattispecie concreta), ma altresì, secondo una tesi che pare possa essere sostenuta, sottraendo la banca stessa al rischio di una degradazione del suo credito a concorsuale, nell'ipotesi di arresto del preconcordato, o del successivo concordato e ritorno in *bonis* seguito (dopo un tempo significativo) dalla dichiarazione di fallimento, senza che sia quindi ravvisabile il fenomeno della consecuzione delle procedure, che come noto stabilizza il rango prededucibile del credito sorto come tale, escludendo che si possa ravvisare un nuovo e diverso momento di apertura del concorso dei creditori, rispetto a quello iniziale di apertura della procedura di concordato preventivo.

## **7. Conclusioni e prospettive *de iure condendo***

Il sistema bancario è chiamato a svolgere un ruolo di insostituibile ausilio nella soluzione della crisi dell'impresa.

In nome della continuità dell'impresa, e quindi del mantenimento dei livelli occupazionali e del livello della riscossione tributaria, il legislatore accetta

l'eventualità che la prosecuzione della gestione caratteristica nella fase successiva all'*automatic stay* in cui si concreta la pubblicazione della domanda ex art. 161, sesto comma, l. fall. produca delle ulteriori perdite e quindi riduca la garanzia patrimoniale dei creditori.

La stessa norma di cui all'art. 182 *sexies* ultimo comma l. fall., che limita la responsabilità ex art. 2486 cc degli amministratori della società in crisi agli atti gestori rivelatisi di natura non conservativa del patrimonio che siano stati posti in essere prima della pubblicazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, esclude possibili profili di responsabilità civile per la gestione risalente alla fase che segue la presentazione della domanda di concordato o di omologazione degli accordi.

Integra quindi una chiara esplicitazione del-

la volontà legislativa di incentivare la prosecuzione dell'impresa in crisi nella prospettiva della possibile ed auspicata conservazione dell'azienda o del ramo d'azienda.

Non solo, sempre in nome della continuità il legislatore, come visto, accetta il rischio che la contrazione di un finanziamento possa pregiudicare l'interesse dei creditori concorsuali al miglior soddisfacimento possibile, con una significativa riduzione del rischio restitutorio che da sempre, in varia misura, si accompagna all'erogazione del prestito bancario.

Continuità, conservazione delle linee di credito in essere e contrazione di nuovi finanziamenti sono istituti che non possono che esigere ciò che da anni gli analisti più attenti invocano, un complesso di previsioni normative che assicurino la pronta e tempestiva emersione della crisi.